



Bogotá D.C.,

212

08/NOV./2018 03:34 P. M. JPEREA
DEST: JUZGADO 5 ADMINISTRATIVO
ATN: SECRETARIA
ASUNTO: COMUNICACION - CONTESTACION
REMITE: JUSTINE MELISSA PEREA GOMEZ - GRUPO
FOLIOS: 63
AL CONTESTAR CITE ESTE No. 0106797
CONSECUTIVO 2018-106799



CERTIFICADO
CREMIL: 108245
SIOJ: 83444

Señor
JUZGADO QUINTO ADMINISTRATIVO DEL CIRCUITO DE CARTAGENA
Centro, Av. Daniel Lemaitre Calle 32 No. 10-129
Cartagena- Bolívar

E. S. D.

Asunto: CONTESTACIÓN DE DEMANDA (Soldado Profesional)

REFERENCIA: 2018-00156
DEMANDANTE: EDER TEHERAN IGLESIAS
DEMANDADA: CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

JUSTINE MELISSA PEREA GÓMEZ, mayor de edad, domiciliada en Bogotá D.C., identificada con cédula de ciudadanía No. 1.018.463.036 de Bogotá, Abogada en ejercicio, portadora de la Tarjeta Profesional No. 290.578 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en mi condición de apoderada judicial de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, de conformidad con el poder a mí conferido por el Doctor **EVERARDO MORA POVEDA** en su calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES –CREMIL me permito **CONTESTAR LA DEMANDA** de la referencia, en los siguientes términos:

EN CUANTO A LOS HECHOS

Se aceptan todos y cada uno de los hechos relacionados con la actividad del demandante así como del reconocimiento de la asignación de retiro y la conclusión del procedimiento administrativo.

Con relación al reconocimiento que busca el demandante en cuanto a los reajustes solicitados, la Entidad se opone pues se consideran debate dentro del proceso.

tras laudo contestación



PBX: (57) (1) 3537300
FAX: (57) (1) 3537306
Línea Nacional: 01 8000 912090
www.cremil.gov.co
Carrera 13 # 27-00,
Bogota-Colombia.



EN CUANTO A LAS PRETENSIONES

La CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES – CREMIL, se opone a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto son debate en el presente proceso.

EN CUANTO A LAS DECLARACIONES Y CONDENAS

La Entidad se opone a las condenas a título de restablecimiento del derecho, así como a la condena en costas y agencias en derecho.

ANTECEDENTES

1. La Caja de Retiro de las FF.MM., reconoció asignación de retiro al señor Soldado Profesional (R) del Ejército **EDER TEHERAN IGLESIAS**, mediante Resolución No. 2524 del 04 de Abril 2017, por haber acreditado un tiempo de servicio de 20 años, 08 meses y 11 días.
2. Mediante Resolución No. 6499 del 16 de Agosto de 2017, se ordena la inclusión de la partida de subsidio familiar
3. Dicho reconocimiento se efectuó de conformidad con las disposiciones legales contenidas en el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004 y de acuerdo a lo dispuesto en la hoja de servicios militares del actor, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 234 y 235 del decreto ley 1211 de 1990.
4. Con escrito recibido y radicado en esta Caja, el actor solicitó la reliquidación y el reajuste en la asignación de retiro, con ocasión de lo establecido en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, numeral 13.2.1 que nos remite al Decreto 1794 de 2000 y el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, a lo cual se dio respuesta con oficios de salida No. 6091 del 22 de Enero de 2018.

EXCEPCIONES

EXCEPCIONES DE FONDO

EN CUANTO AL REAJUSTE SOLICITADO CON EL SMLMV MÁS EL 70%, DE CONFORMIDAD CON EL ARTÍCULO 16 DEL DECRETO 4433 DE 2004 (PRIMA DE ANTIGÜEDAD)

Es preciso señalar que solamente a partir de la expedición de la Ley 923 de 2004 y su Decreto reglamentario 4433 del mismo año, se le dio la oportunidad a los soldados profesionales de acceder a una asignación de retiro, modificándose sustancialmente lo establecido sobre el particular contenido en los decretos 1793 y 1794 de 2000.

Es así que el citado Decreto 4433 de 2004, dispone:

“ARTICULO 16.- ASIGNACIÓN DE RETIRO PARA SOLDADOS PROFESIONALES. Los soldados profesionales, que se retiren o sean retirados del servicio activo con veinte (20) años de servicio, tendrán derecho a partir de la fecha en que terminen los tres (3) meses de alta a que por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, se les pague una asignación mensual de retiro, equivalente al setenta por ciento (70%) del salario mensual indicado en el numeral 13.2.1, adicionado con un treinta y ocho punto cinco por ciento (38.5%) de la prima

de antigüedad. En todo caso, la asignación mensual de retiro no será inferior a uno punto dos (1.2) salarios mínimos legales mensuales vigentes." (s.f.t.)

Frente a este aspecto, esta defensa, encuentra suficientemente clara la norma que indica que el soldado profesional tiene derecho a que se le pague asignación mensual de Retiro. así:

$$\text{Salario Básico} = \text{SMLMV (100\%)} + (\text{Incremento en un 40\%}) = 140\%$$
$$\text{Prima de Antigüedad} = 38.5 \%$$

Asignación de retiro:

$$70\% = (\text{Sueldo Básico} + 38.50\% \text{ de Prima de Antigüedad})$$

Por consiguiente, **siguiendo la uniformidad y secuencia de la norma**, debe reconocerse la asignación de retiro equivalente al setenta por ciento (70%) de: salario básico incrementado en el 38.5% de la prima de antigüedad, tal como ha estado aplicando esta entidad.

Así mismo lo entendió el **Departamento Administrativo de la Función Pública**, mediante Concepto Radicado No. 2014-600006331, del 17 de Enero de 2014 (el cual se anexa como prueba), donde indica que la liquidación prestacional que efectúa la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares para el reconocimiento de las asignaciones de retiro de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina, es acorde a las disposiciones normativas, y la fórmula que aplica en tal liquidación se encuentra ajustada a derecho.

En este sentido, y luego de analizar el Artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, el mencionado Concepto señaló lo siguiente:

*"De conformidad con la citada disposición **las únicas partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro, pensión de invalidez y de sobrevivencia para los soldados profesionales, son el salario básico y la prima de antigüedad**".* (Subrayados y negrillas fuera del texto original).

A su turno, luego de citar el Artículo 16 del mismo Decreto, el Departamento Administrativo de la Función Pública señaló:

*"Al analizar el artículo en mención, se considera que este es claro al señalar que la asignación mensual de retiro para los Soldados Profesionales será equivalente al **setenta por ciento (70%) del valor conjunto de los dos elementos** que con fundamento en los artículos 13 y 16 del decreto 4433 de 2004 constituyen partidas computables para la liquidación de la asignación de retiro"*

*"En efecto, la asignación de retiro de los soldados profesionales equivale al **setenta por ciento (70%) de la suma de los dos factores determinantes**: el primero, el salario mensual, lo que conforme al artículo 1 del Decreto Ley 1794 de 2000 equivale al valor de un salario mínimo legal mensual vigente, incrementado en un cuarenta por ciento (40%) del mismo salario, y segundo, el valor equivalente al treinta y ocho por ciento (38%) del valor de la prima de antigüedad correspondiente al respectivo Soldado Profesional"*

"Al resultado de la suma de estos dos factores se le debe estimar el valor del setenta por ciento (70%), la cual finalmente constituye el valor que por concepto de asignación de retiro debe reconocerse al respectivo Soldado Profesional retirado del servicio" (Subrayados y negrillas fuera del texto original).

Por último, y luego de este análisis jurídico, el Departamento Administrativo de la Función Pública concluyó lo siguiente:

"En conclusión, en criterio de este Departamento, la fórmula utilizada por la entidad (refiriéndose a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares) para la liquidación de la asignación de retiro es la que se encuentra acorde con lo señalado en la disposición que regula la materia"

Sobre este particular, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda – Subsección "C" se pronunció mediante **sentencia del 20 de Septiembre de 2013** Proceso referencia No. 11001333503020120008601 Demandante: Edgar Orlando Mora Acosta, Demandado: CREMIL, MP. Amparo Oviedo Pinto, a saber:

"Significa lo anterior, que los aportes sobre la prima de antigüedad para quienes están a tiempo de obtener la asignación de retiro y durante los últimos 11 años, se hará sobre el 38.5% y este porcentaje es parte de la base de liquidación, mas no corresponde en su totalidad para liquidar el monto de la asignación.

Y en cuanto al monto a la cuantía de la asignación de retiro, el artículo 16 dispuso (...)

"Es decir que el monto de la asignación, es la proporción de la asignación y al leer con detenimiento la citada disposición se aprecia que dicho monto o cuantía de la asignación de retiro, es el setenta por ciento (70) de la base de liquidación, que es la suma de los factores salariales a tener en cuenta en la asignación de retiro, o sea que sumados los dos factores base de liquidación: salario incrementado en el 40%, más el 38.5% de la prima de antigüedad, se liquidará el 70%, tal como lo hizo la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, a folio 13 del expediente, en un sano entendimiento de las disposiciones leídas" (Subrayados y negrillas fuera del texto original).

De igual manera, y sobre el artículo 16 del Decreto 4433 de 2004, **la sentencia del 20 de Noviembre de 2015**, proferida por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca – Sección Segunda – Subsección C; Magistrada Ponente; Amparo Oviedo Pinto, Demandante: Gilberto Bahamón Vargas; Radicado: 110013335017 2013 00550 01, señaló:

*"**Los artículos 13.2 y 16 del decreto 4433 de 2004**, son absolutamente claros al establecer la forma de liquidar las asignaciones de retiro de los soldados profesionales, esto es, su tenor literal no ofrece ninguna duda sobre cuáles son las partidas computables al momento de liquidar la prestación (salario mensual y **prima de antigüedad**). Además, según el párrafo del artículo mentado, **existe la prohibición legal de no incluir en la liquidación de las asignaciones de retiro, pensiones y sustituciones pensionales, emolumentos diferentes a los taxativamente señalados en dicha norma.**"* (Subrayados y Negrillas fuera del texto original).

INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO PARA INCLUIR Y LIQUIDAR COMO PARTIDA COMPUTABLE LA DUODÉCIMA DE LA PRIMA DE NAVIDAD, EN LA ASIGNACIÓN DE RETIRO DEL SOLDADO PROFESIONAL.

57

Sobre el tema de la duodécima de la prima de navidad, se ha pronunciado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Segunda, Subsección "B", negando las súplicas de la demanda, por ejemplo en fallo de fecha 16 de febrero de 2018, siendo Magistrado Ponente el Dr. Alberto Espinosa Bolaños, al señalar:

"... no es de recibo la interpretación efectuada por el Juzgador de Primera Instancia al incluir la referida prestación como partida computable en la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, aplicando de manera similar la argumentación que se empleó para el reconocimiento del subsidio familiar; toda vez, que este último tiene como fin ayudar el sostenimiento del núcleo familiar por ser el soldado el último eslabón en la pirámide del militar, en tanto, la prima de navidad es una retribución anual que se otorga a los soldados profesionales.

De conformidad, con lo expuesto la naturaleza de una y otra prestación son disimiles y tienen propósitos incomparables, aceptar la inclusión de la prima de navidad como partida computable para la liquidación de la asignación de retiro de los soldados profesionales, bajo la premisa de que por ser el eslabón más bajo de la estructura militar le deben ser reconocidas las prestaciones de los Oficiales y Suboficiales, es tanto como permitir la inclusión de las demás partidas consagradas en el artículo 13 Decreto 4433 de 2004 como son a manera de ejemplo la prima de estado mayor y la prima de vuelo; pues si bien, tanto Soldados Profesionales como Oficiales y Suboficiales ejercen funciones importantes para el Estado Colombiano, lo cierto es que uno y otros tienen regímenes salariales y prestacionales diferentes. Debiendo revocarse en ese sentido la sentencia apelada..."

Es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 del Decreto 4433 de 2004, se estableció la partida computable denominada de la Prima de Navidad, para ser tenida en cuenta en las liquidaciones de las asignaciones de los oficiales y suboficiales. así pues señala la norma:

"ARTÍCULO 13. PARTIDAS COMPUTABLES PARA EL PERSONAL DE LAS FUERZAS MILITARES. La asignación de retiro, pensión de invalidez, y de sobrevivencia, se liquidarán según corresponda en cada caso, sobre las siguientes partidas así:

13.1 Oficiales y Suboficiales: (...)

13.1.8 Duodécima parte de la Prima de Navidad liquidada con los últimos haberes percibidos a la fecha fiscal de retiro".

No obstante lo anterior, y tal como puede apreciarse esta partida se estipulo para los oficiales y suboficiales, razón por la cual la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES no liquido esta partida en la asignación de retiro del actor, obrando de conformidad con el mandato legal.

Ahora bien tal como se puede apreciar en el artículo 13 IBÍDEM, Numeral 13.2 las liquidaciones de los soldados profesionales deben realizarse teniendo en cuenta:

"13.2 Soldados Profesionales:

13.2.1 Salario mensual en los términos del inciso primero del artículo 1o del Decreto-ley 1794 de 2000.

13.2.2 Prima de antigüedad en los porcentajes previstos en el artículo 18 del presente decreto".

Dicha norma se constituye entonces en una disposición de carácter especial que prima sobre las demás normas generales y deroga las normas especiales que le fueron contrarias. (Artículo 45 del decreto 4433 de 2004)

Por consiguiente, al revisar la norma antes transcrita, se encuentra que para efectos de reconocimiento de asignación de retiro, en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento, la norma en forma expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro, sin entrar a contemplar ni siquiera la posibilidad de factores adicionales, como en un momento dado podría ser la partida de la prima de navidad.

De otra parte es preciso señalar que de conformidad con lo dispuesto en el PARÁGRAFO del ya citado artículo 13 del Decreto 4433 de 2004 se establece:

PARÁGRAFO. En adición a las partidas específicamente señaladas en este artículo, ninguna de las demás primas, subsidios, bonificaciones, auxilios y compensaciones, serán computables para efectos de asignación de retiro, pensiones y sustituciones pensionales.

Existe por tanto, una prohibición expresa para la CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES, para incluir primas, subsidios y/o partidas computables distintas a las que taxativamente consagro la ley.

INEXISTENCIA DE FUNDAMENTO EN CUANTO AL REJUSTE DEL PORCENTAJE DE LA PARTIDA DEL SUBSIDIO FAMILIAR EN LA LIQUIDACIÓN DE LA ASIGNACIÓN DE RETIRO

Es preciso señalar que mediante Decreto 1162 del 24 de Junio de 2014, se ordenó el reconocimiento del subsidio familiar como partida computable de la Asignación de retiro de los Soldados Profesionales e Infantes de Marina de las Fuerzas Militares, en los siguientes términos:

“Artículo 1. A partir de julio de 2014, para el personal de Soldados Profesionales e Infantes de Marina Profesionales de las Fuerzas Militares que al momento del retiro estén devengando el subsidio familiar, regulado en los Decretos 1794 de 2000 y 3770 de 2009, se tendrá en cuenta como partida computable para liquidar la asignación de retiro y pensión de invalidez el treinta por ciento (30%) de dicho valor; el cual será sumado en forma directa, al valor que corresponda por concepto de asignación de retiro o pensión de invalidez, liquidado conforme a las disposiciones normativas contenidas en el Decreto 4433 de 2004 y demás normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan (...).”

Disposición que fue plenamente cumplida por parte de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, tal como se puede evidenciar en la Resolución de Reconocimiento de la Asignación de Retiro del aquí demandante, por tanto, y al estar dicho decreto vigente en el ordenamiento jurídico, es del caso precisar que no se desvirtúa la presunción de legalidad.

Así pues, al revisar la normatividad antes transcrita, se encuentra que para efectos de reconocimiento de asignación de retiro, **en forma taxativa se consagraron los parámetros, condiciones y porcentajes, que deben ser tenidos en cuenta para efectos del reconocimiento,** dentro de los cuales encontramos los siguientes:

- Acreditación de un tiempo de servicio de 20 años.
- Cuantía fija de asignación de retiro en un 70%.
- Porcentaje fijo de prima de antigüedad equivalente al 38.5%.
- Subsidio Familiar en un 30% de Conformidad con el Decreto 1162 de 2014.

Al respecto, nótese como la norma en forma expresa establece la forma de reconocer la asignación de retiro, sin entrar a contemplar siquiera, la posibilidad de porcentajes diferentes a los estipulados.

ARGUMENTOS DE DEFENSA

EN CUANTO AL REAJUSTE DEL 20% EN LA ASIGNACION DE RETIRO

El apoderado del demandante solicita condenar a CREMIL a liquidar la asignación de retiro tomando como base de liquidación la asignación básica establecida en el Inciso 2 del Artículo 1 del Decreto 1794 de 2000.

Sobre este particular, el Consejo de Estado planteó el problema jurídico consistente en determinar “*si al ser incorporados como soldados profesionales, el salario básico de quienes venían como soldados voluntarios, debe fijarse en un mínimo incrementado en un 40%, en aplicación del inciso 1 de la norma en cita, o en un 60%, de acuerdo con lo dispuesto (en) su inciso 2*” (*)

Así, mediante **Sentencia de Unificación CE-SUJ2 850013333002 20130060 01 del 25 de Agosto de 2016**, Consejo de Estado; Magistrada Ponente: Sandra Lisset Ibarra Vélez; Demandante: Benicio Antonio Cruz; Demandado: La Nación-Ministerio de Defensa-Fuerzas Militares de Colombia-Ejército Nacional, aclarada mediante la **Sentencia Aclaratoria del 6 de Octubre de 2016**, esa corporación unificó la jurisprudencia sobre esta problemática, y **sin haber vinculado a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares**, decidió que con fundamento en el inciso 2 del artículo 1 del Decreto 1794 de 2000, los soldados voluntarios posteriormente incorporados como profesionales, tienen derecho a ser remunerados mensualmente en el monto de un salario básico incrementado en un 60%. Así, en la parte resolutive del fallo, la corporación señaló textualmente lo siguiente:

“PRIMERO.- Por las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia, **ACLARAR** el numeral 1 de la parte resolutive de sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 de 25 de agosto de 2016, el cual quedara así:

“PRIMERO.- UNIFICAR la jurisprudencia del Consejo de Estado en lo que tiene que ver con el reconocimiento del reajuste salarial reclamado por los soldados voluntarios que posteriormente, en aplicación del **Decreto Ley 1793 de 2000** fueron incorporados como profesionales, en el entendido que el inciso 2 del artículo 1 del Decreto Reglamentario 1794 de 2000 establece que los uniformados que reúnan tales condiciones, devengaran un salario mínimo legal mensual vigente incrementado en un 60%(...)” (Subrayados y negrillas fuera del texto original).

“SEGUNDO.- Por las razones contenidas en la parte motiva de esta providencia, **ACLARAR** el numeral 7 de la parte resolutive de sentencia de unificación jurisprudencial CE-SUJ2 No. 003/16 de 25 de agosto de 2016, el cual quedara así:

"SEPTIMO.- La presente sentencia no es constitutiva del derecho a reclamar el reajuste salarial y prestacional del 20% respecto del cual se unifica la jurisprudencia en esta oportunidad; por lo que el trámite de dicha reclamación, tanto en sede gubernativa como judicial, deberá atenerse a las reglas que sobre prescripción de derechos contempla el ordenamiento jurídico en los artículos 10 y 174 de los Decretos 2728 de 1968 y 1211 de 1990, respectivamente; teniendo en cuenta que deberá contabilizarse en cada caso en particular, teniendo en cuenta el momento en que se presente la respectiva reclamación por el interesado, mas no la fecha de ejecutoria de esta sentencia" (...)" (Subrayados y negrillas fuera del texto original).

Aunado a lo anterior, es preciso manifestar al despacho, que el Ministerio de Defensa Ejército Nacional – Dirección de Personal, en cumplimiento de la sentencia de unificación mencionada anteriormente radicó en esta Entidad, el complemento de la Hoja de Servicio del hoy demandante según consecutivo No. 20216022 del 22 de Diciembre del 2017, por medio del cual realiza el incremento del 20% adicionado al salario básico mensual del militar, quedando aumentado del 40% al 60% tal como lo dispone el inciso 2° del artículo 1° del decreto 1794 de 2000.

En consecuencia, la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, profirió el correspondiente Acto Administrativo, Resolución No. 103254 del 26 de Marzo del 2018, incorporando el incremento del 20% de conformidad con el documento aportado por la fuerza, para ser liquidado de tal manera en la asignación de retiro del demandante y posteriormente ser aplicado en la nómina.

NO PROCEDENCIA DE LA CAUSAL DE FALSA MOTIVACION EN LAS ACTUACIONES DE LA CAJA DE RETIRO DE LAS FUERZAS MILITARES

Sobre este particular, cabe resaltar que las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares y, en consecuencia, estas actuaciones no se enmarcan dentro de ninguna de las causales de nulidad. Por tal motivo, no se encuentran viciadas de Falsa Motivación, para lo cual es oportuno realizar las siguientes consideraciones:

En primer lugar, y sobre este tema, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda - Subsección "A", en Sentencia N° 10051 del 19 de Marzo de 1998, Consejera Ponente Clara Forero de Castro, señaló lo siguiente:

"...La falsa motivación se configura cuando para fundamentar el acto se dan razones engañosas, simuladas, contrarias a la realidad. La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica, y ella debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida notificación jurídica y apreciación razonable(...)" (Subrayados fuera del texto original).

En el caso bajo estudio, la Entidad ha actuado con apego a la ley y los actos administrativos expedidos se encuentran amparados bajo la presunción de legalidad, motivo suficiente para desestimar las suplicas de la demanda.

NO CONFIGURACION DE LA CAUSAL DE NULIDAD

De otra parte es preciso señalar que el artículo 137 del CPACA, establece cuando es procedente declarar la nulidad de los actos administrativos, así:

- Cuando las actos administrativos infrinjan normas en que debían fundarse.

- Cuando hayan sido expedidos por funcionarios u órganos incompetentes.
- Cuando hayan sido expedidos en forma irregular.
- Cuando hayan sido expedidos con desconocimiento del derecho de audiencias y defensa.
- Cuando hayan sido expedidos con falsa motivación.
- Cuando hayan sido expedidos con desviación de las atribuciones propias del funcionario o corporación que los profirió.

En el caso bajo estudio, no se configura ninguna de las causales de nulidad de los actos administrativos proferidos y por el contrario las actuaciones realizadas por la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares se ajustan a las normas vigentes aplicables a los miembros de las Fuerzas Militares.

AUSENCIA DE VULNERACION AL DERECHO A LA IGUALDAD

El artículo 13 de la Constitución Política de Colombia textualmente consagra:

"Artículo 13. Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica.

El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan"

Sobre el Derecho a la Igualdad, consagrado en la precitada norma, la Corte Constitucional, desde la misma promulgación de la carta magna, ha expresado que la igualdad, antes que significar uniformidad ciega, es un derecho que admite criterios de diferenciación de acuerdo a una razonable disposición del derecho, tal como se evidencia en la **Sentencia C-471 de 1992**, Magistrado Ponente José Gregorio Hernández Galindo, a saber:

*"Existe, pues, un principio general de igualdad entre las personas. cuyo carácter no puede tomarse como absoluto, ya que el supuesto del cual se parte no es el de la plena identidad entre los individuos (igualdad de hecho), de suyo imposible, sino el de una esencia común perfectamente compatible con la natural diversidad de caracteres, propiedades, ventajas y defectos de cada uno y con las distintas circunstancias en medio de las cuales actúan. De ahí que **la igualdad ante la ley en su genuina concepción jurídica, lejos de significar ciega uniformidad, representa razonable disposición del Derecho**, previa ponderación de los factores que inciden de manera real en el medio dentro del cual habrá de aplicarse y de las diversidades allí existentes...."*

Así mismo, mediante **Sentencia C-387 de 1994**, Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional diferenció la igualdad formalde la material, lo cual no implica necesariamente discriminación, en los siguientes términos:

*"...Sobre el derecho a la igualdad esta Corporación a través de su Sala Plena y de las Salas de Revisión de Tutelas, ha hecho múltiples pronunciamientos, en los cuales ha definido en qué consiste este derecho, **la diferencia entre la igualdad formal y la***

material y cuándo la diferencia de trato no implica necesariamente discriminación.
(Subrayados y Negrillas fuera del texto original).

Y más adelante se refirió al tema del trato diferencial, el cual no se considera en sí mismo discriminatorio. Así mismo, señaló que el trato diferenciado de dos situaciones de hecho diversas no constituye una discriminación y, finalmente, indicó los requisitos que deben cumplirse para que dicho trato se justifique:

"(...)el trato diferenciado de dos situaciones de hecho diversas no constituye una discriminación siempre y cuando se cumplan las siguientes **condiciones**: primero, que los hechos sean distintos; segundo, que la decisión de tratarlos de manera diferente esté fundada en un fin aceptado constitucionalmente; tercero, que la consecución de dicho fin por los medios propuestos sea posible y además adecuada. Como se ve, cada una de estas condiciones corresponde al papel que juegan los tres elementos -fáctico, legal o administrativo y constitucional- en la relación que se interpreta. Por eso, la primera condición pertenece al orden de lo empírico (hecho), la segunda hace parte del orden de lo válido (legalidad) y la tercera del orden de lo valorativo (constitución) (...)" (Subrayados y negrillas fuera del texto original).

En este orden de ideas, la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre la aplicación del principio de igualdad frente a las tres categorías genéricas de la jerarquía militar. Así, señaló que los Oficiales, Suboficiales y Soldados Profesionales/Infantes de Marina, se encuentran en una situación de hecho distinta y, por tal motivo, constituyen grupos diferenciados jurídicamente. En este sentido, mediante **sentencia C-057 de 2010**, señaló textualmente lo siguiente:

"3.6.1.3. Revisadas las normas que regulan la materia, se encuentra que en efecto, las tres categorías se encuentran en una situación de hecho distinta. Los oficiales son aquellos formados, entrenados y capacitados para ejercer la "conducción y mando" de los elementos de combate y de las operaciones de su respectiva fuerza, mientras que a los suboficiales les corresponden las funciones de apoyo a los oficiales.[27]. Los oficiales, en el marco de su respectivo rango, tienen bajo su responsabilidad el mando y conducción de la tropa, de los equipos de combate, de las operaciones, de las unidades, y por lo tanto, el peso de las decisiones más importantes, de las cuales, en muchos casos, dependen la vida y la integridad de sus subordinados y de los demás ciudadanos. Es el hecho de que sobre ellos recaiga esa mayor y trascendental responsabilidad, la que explica la diferencia en la jerarquía organizacional. Esta diferencia en la naturaleza de las funciones y responsabilidades explica también las diferencias en los regímenes de incorporación, ascensos, retiros, remuneración y pensiones. Los soldados profesionales y los agentes, por su parte, ejecutan e implementan las decisiones de los comandantes"

"3.6.1.4. Desde el punto de vista de las normas que los crean y regulan, las tres categorías a que se refieren las normas demandadas constituyen grupos diferenciados jurídicamente, que, dentro de la fuerza pública, responden a una naturaleza funcional distinta, y por lo tanto, tienen responsabilidades y tareas diferentes. Desde este punto de vista estrictamente formal, se trata de categorías que se encuentran en situaciones de hecho distintas". (Subrayados y negrillas fuera del texto original).

Se tiene entonces, que el principio de igualdad se predica solo entre iguales, por lo que **en el presente caso NO se ha vulnerado el derecho a la igualdad, pues fue el legislador el que**

60

estableció los parámetros para efectos del reconocimiento de la asignación de retiro, a través del Decreto 4433 de 2004, decreto que actualmente se encuentra vigente y el cual no ha sido objeto de demandas de legalidad que afecten su existencia jurídica. Por lo tanto, en el evento en que el actor presente algún tipo de inconformidad frente a las normas que sirvieron de fundamento para el reconocimiento, debe acusar las mismas, ya que a esta Caja le está vedado efectuar interpretaciones de las mismas o hacerlas extensivas a personal para el cual no fueron establecidas.

Al respecto, es preciso señalar que no le corresponde a esta Caja efectuar interpretaciones, ni juicios de valor, apartándose de lo establecido en la norma especial aplicable a cada uno de los miembros de la fuerza pública, siendo del caso indicar que **los Oficiales y Suboficiales de las fuerzas militares tienen una disposición especial, los miembros de la policía Nacional cuentan con otras disposiciones, el personal civil tiene otra normatividad, y los soldados profesionales también cuentan con su regulación especial sobre la materia**; debiendo la entidad reconocedora de la prestación aplicar en su integridad tales disposiciones y de no hacerlo, se estaría asumiendo una carga prestacional que no le corresponde.

De los planteamientos expuestos se colige que la Entidad actuó conforme a derecho y los actos administrativos proferidos gozan de presunción de legalidad.

COSTAS PROCESALES Y AGENCIAS EN DERECHO

El Artículo 188 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA - Ley 1437 de 2011) establece respecto a la condena en costas lo siguiente:

"Artículo 188. CONDENA EN COSTAS. Salvo en los procesos en que se ventile un interés público, la sentencia dispondrá sobre la condena en costas, cuya liquidación y ejecución se regirán por las normas del Código de Procedimiento Civil." (Actual Código General del Proceso) (Subrayados fuera del texto original).

A su turno, los incisos 5 y 8 del Artículo 365 del Código General del Proceso facultan al juez para decidir sobre las costas, señalando textualmente lo siguiente:

"Artículo 365. Condena en costas.

En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

5. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión.

8. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación." (Subrayados fuera del texto original).

La jurisprudencia ha definido las costas procesales como aquellos gastos que se deben sufragar en el trámite de un proceso y éstas se componen de expensas y agencias en derecho. Las expensas son las erogaciones distintas al pago de los honorarios del abogado, como el valor de las notificaciones, los honorarios de los peritos, los impuestos de timbre, copias, registros, pólizas, entre otras, mientras que las agencias en derecho, sí corresponden a los gastos u honorarios del

abogado, que el Juez reconoce discrecionalmente a favor de la parte vencedora (*Consejo de Estado, Sección Cuarta, sentencia del 5 de octubre de 2001, Exp.12425*).

Por consiguiente, en materia de lo Contencioso Administrativo, la condena en costas no se rige por un concepto objetivo, sino que exige por parte del operador jurídico una **valoración subjetiva** para su condena, no basta simplemente que la parte sea vencida, sino que debe realizarse una valoración de las conductas desplegadas por esa parte vencida. En otras palabras, solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezcan causas para hacerlo, y en la medida de su comprobación.

En ese sentido, y de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, *“la norma contenida en el citado artículo 188, no impone al funcionario judicial la obligación de condenar en costas, solo le da la posibilidad de disponer, esto es, de pronunciarse sobre su procedencia”*

La mencionada sentencia precisa que si bien es cierto en la Ley 1437 de 2011 no aparece la previsión que contenía el artículo 171 del Decreto 01 de 1984, referido a la potestad de imponer condena en costas, *“teniendo en cuenta la conducta asumida por las partes, también lo es la norma establecida en la Ley 1437 de 2011, **no impone la condena de manera automática frente a aquel que resulte vencido en el litigio, pues debe entenderse que ella es el resultado de observar una serie de factores tales como la temeridad, la mala fe y la existencia de pruebas en el proceso sobre la causación de gastos y costas en el curso de la actuación, en donde el juez ponderará tales circunstancias y se pronuncia sobre la procedencia de imposición con una decisión sustentada...**”*

Para el presente caso, se tiene lo siguiente:

1. La Entidad dio contestación a la demanda, aportando los antecedentes del Acto Administrativo demandado, en cumplimiento de lo señalado en el artículo 175 del CPACA.
2. La entidad acudió oportunamente a realización de la audiencia inicial.
3. La Entidad no realizó actos dilatorios, ni temerarios ni encaminados a perturbar el procedimiento.

En conclusión, la entidad demandada no ha realizado actos dilatorios, ni temerarios, ni encaminados a perturbar el procedimiento, habiéndose limitado a realizar actos propios a la defensa judicial. Por tal motivo, **respetuosamente se solicita a su señoría no imponer condena en costas y agencias en derecho.**

PRUEBAS

De conformidad con el párrafo 1º. Del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011 esta entidad pública demandada allega copia del expediente administrativo en lo que se refiere a los antecedentes que dieron origen a la controversia:

- Hoja de servicios del titular de la prestación
- Acto administrativo de reconocimiento de la Asignación de Retiro
- Derecho (s) de petición
- Contestación (es) de la petición. Oficios CREMIL

Solicito respetuosamente al Despacho tener como pruebas los antecedentes administrativos que dieron origen al Reconocimiento de la Asignación de Retiro del militar, así como las normas de

61

carácter especial que rigen a la población de las Fuerzas Militares, como lo es el Decreto 4433 de 2004.

ANEXOS

1. Certificado de ejercicio de funciones del Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
2. Decreto de nombramiento del Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
3. Acta de posesión del Director General de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
4. Resolución No. 30 del 4 de enero de 2013, por medio de la cual se delegan unas funciones relacionadas con la actividad de defensa judicial de la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
5. Acta de Posesión No. 054 del 06 de noviembre de 2012, por la cual se asumen funciones del cargo de Jefe de Oficina Asesora Jurídica.
6. Certificación de las funciones del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica.
7. Resolución No. 6810 del 01 de noviembre de 2012, por medio de la cual se hacen unas incorporaciones a la Caja de Retiro de las Fuerzas Militares.
8. Poder a mi conferido.
9. Lo relacionado en el acápite de pruebas.

PRESCRIPCIÓN

En gracia de discusión, si al actor le asistiera algún derecho con respecto a las pretensiones de la presente demanda, no podría reconocérsele por cuanto el artículo 43 del Decreto 4433 de 2004 establece la prescripción de las mesadas en tres años, contados a partir de la fecha en que se hicieron exigibles, por lo tanto y en el evento en que no se acojan los planteamientos expuestos por esta Caja, se debe declarar la prescripción del derecho.

En consecuencia, con todo respeto solicito a este Honorable Despacho, declarar probada la excepción.

NOTIFICACIONES

La Caja de Retiro de las Fuerzas Militares, al Señor Mayor General (r) del Ejército Edgar Ceballos Mendoza, en su calidad de Director General y Representante Legal; y al Doctor Everardo Mora Poveda, en calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, teniendo domicilio en la ciudad de Bogotá D.C., reciben notificaciones en la Carrera 10 N° 27-27 Oficina 214 del Edificio Bachué, correos electrónicos: notificacionesjudiciales@cremil.gov.co.

Cordialmente,


JUSTINE MELISSA PEREA GÓMEZ

CC. No. 1.018.463.036 de Bogotá

TP. No. 290.578 del C. S. de la J.

